

ACTUACIONES CONCURSALES CON RELEVANCIA PARA EL DERECHO DE LA COMPETENCIA

CAMILO MARTÍNEZ BLANCO¹

1.-ENTRE ESCILA Y CARIBDIS

En el reciente VII Congreso Iberoamericano de Derecho Concursal, celebrado en Franca (San Pablo-Brasil) ,nos tocó en suerte desarrollar el tema del título. Por obvias razones , el tiempo de la conferencia nos limitó en cuanto a la extensión de la misma quedando en la mesa *mucha tela para cortar*. Por eso ,aprovechando la buena voluntad de la Revista de la Facultad de Derecho y abusando de la paciencia del sufrido lector, intentaremos ahondar más en las reflexiones que un tema tan vasto amerita.

Cuando abordamos estos temas siempre corremos el riesgo de encontrarnos entre *Escila y Caribdis*. Con esa expresión nos referimos a dos peligrosos obstáculos náuticos presentes en el estrecho de Mesina (separa Sicilia de la punta de la bota italiana), pero que también nombran en la mitología griega a dos ninfas hijas de Poseidón. Una, Escila, de gran belleza, causó la envidia de la hechicera Circe que la convirtió en monstruo condenándola a morar en una cueva marina de la costa siciliana. La otra ninfa, Caribdis, hija de Poseidón y de Tierra, por el robo de unos bueyes a Herakles, fue sancionada por Zeus a la pena de beber el agua del estrecho (con navíos y tripulaciones tres veces al día). Los peligros de la navegación entre esos obstáculos fueron tales, que Homero relata las múltiples peripecias padecidas por Odiseo para poder sortearlas.

En el lenguaje bien hablado (y mejor escrito),la expresión “*hallarse entre Escila y Caribdis*” se utiliza para simbolizar situaciones, en que parece imposible no caer atrapado por uno de ambos peligros.

2.-NUESTRO MODERNO DILEMA

El tema que intentamos abordar, gira en torno a un dilema similar al mitológico: *Un agente con PODER DE MERCADO ,entra en dificultades y recurre al amparo concursal*. Dada la posición que ocupa en el mercado ese agente, la intervención del orden jurídico, tendrá relevancia en dos ámbitos bien delimitados:*en el sistema concursal y en el Derecho de la Competencia*.

Apreciemos que con esa actuación, un orden jurídico interviene en las relaciones de mercado , *prestando su auxilio a un importante agente en desmedro de los demás competidores que continúan “sin muletas” transitando por el mismo sector de la economía*.

Precisión ineludible:

Para que esa operación de amparo concursal, contenga relevancia en el ámbito del Derecho de la Competencia,es condición *sine qua non* que el agente concursado posea PODER DE MERCADO en un mercado relevante. En caso contrario la incidencia en la economía de un operador de pequeño porte que recurra a la solución concursal será sencillamente, irrelevante.

Para escándalo de los liberales clásicos ,es ya un dato de la realidad que el Estado,en su expresión “ordenamiento jurídico”, *siempre interviene* en las relaciones del mercado. A esta altura del siglo XXI, resulta por cierto superfluo insistir en que la superestructura debe limitarse a crear condiciones para que los agentes interactúen, o sólo a generar el “*clima de negocios*” que los clásicos reclaman.

Por supuesto que el tratamiento de este tema nos lleva de la mano a plantearnos el viejo dilema entre “*Intervencionismo vs. prescindencia*”. Y enfrentados a la *crisis global iniciada en 2008* parece innecesario interrogarnos con honestidad sobre si es razonable que el ordenamiento jurídico sea prescindente. No lo puede ser (aunque quisiera) pues las urgencias de la economía, claman por su intervención.

Aunque en el fondo también es oportuno interrogarnos acerca de si es razonable intervenir siempre que un agente individualmente demande el auxilio del orden jurídico.Conste que no sólo se interviene en el

¹ Cátedra de Derecho Concursal

mercado, con auxilios monetarios o subsidios concretos a un agente, sino fundamentalmente también con procedimientos excepcionales que toleran incumplimientos, que permiten propuestas abusivas de pago.....

3.-¿CUÁNDO UN CONCURSO PRESENTA REALES RIESGOS ANTICOMPETITIVOS?

Si bien el **derecho concursal cumple varias funciones en la economía**, al empalidecerse el rol de los acreedores y ponerse el foco en la continuidad empresarial a toda costa (aún en la etapa pre-concursal, mediante el intervencionismo extrajurisdiccional o ayudas a empresas en crisis) *se corre un serio riesgo: Dañar el libre juego de la competencia y sus reglas.*

Insistimos en que ese riesgo siempre dependerá del poder de mercado del agente que demanda el auxilio concursal. Por eso pocas veces esas intervenciones de recomposición de las obligaciones de los agentes, tienen relevancia en lo que a incidir en el mercado se refiere.

Dejando de lado la cuestión del formato **corresponde otra precisión. No vamos a considerar a aquellos concursados**, que incurrn en conductas anticompetitivas (*acuerdos colusorios, reparto de zonas, cartelización de actividades, coordinación en licitaciones, etc.*) al igual que cualquier otro agente que actúa en mercados concentrados con escasa competencia. **Porque lo que nos interesan son aquellas prácticas anticompetitivas, emanadas del concurso mismo o a resultas de su promoción. Es que en el escenario concursal, asistimos casi siempre a conatos de decisiones anticompetitivas. O al menos es muy grande la tentación de acometerlas para una empresa en dificultades y también para sus competidores.**

4.-CONDUCTAS ANTICOMPETITIVAS DURANTE (O A RESULTAS) DEL CONCURSO

A.- Las políticas de precios predatorios que casi siempre acompañan a la venta de stocks para rotar inventarios y dotar de la liquidez (*cash flow*) necesaria para sostener los planes de viabilidad de la empresa concursada. **No es una novedad, sostener que muchas veces los concursados venden** a precios bajo el costo, porque necesitan alimentar sus flujos de fondos proyectados, y posiblemente con ello distorsionen el mercado, afecten a la competencia y a sus competidores.

Reiteramos que para tener esos efectos, dependerá:

- del poder de mercado que la concursada detenta,
- del mercado relevante tomado como base y
- *de la duración de la práctica anticompetitiva.*

Esto nos conduce a una **primera reflexión**: los acreedores en el concurso terminan admitiendo un nuevo comienzo (*Fresh Start* o *New Start*), pero ¿los competidores del concursado, deben siempre tolerarlo y padecerlo?

Es que puestos por un momento en la piel de los competidores del concursado, apreciamos que aquellos durante años lucharon para desplazar del mercado a quienes utilizan "*ars non sanctas*" para quedarse con una porción del mismo. Y ahora ese "mal actor" se "*fundió*", pero.... aparece un inversor intentando rescatar a LA EMPRESA caída.

O peor aún: un Síndico (devenido por arte de birlibirloque "*empresario*") continúa con una explotación causando graves perjuicios a la plaza, pues la empresa concursada tiene costos menores, liquida stocks, intenta enajenar en bloque inventarios a precios de liquidación, etc. De acuerdo al formato empresarial y a la duración de estas prácticas, no puede negarse que estas situaciones causan distorsiones en mercados pequeños.

B.- Intentos de acuerdos colusorios (reparto de zonas, de licitaciones, acuerdos de precios, etc.), tienen el atractivo de aportar recursos allí donde no existían. El *estado de necesidad concursal* hace que un concursado cuando tiene poder de mercado, sea fácilmente atraído por la ganancia segura que dimana de los pactos colusorios.

Y esto nos merece una **segunda reflexión**: cuando un concursado actúa en un mercado muy concentrado y es un actor importante del mismo (líder o con cuotas de mercado altas), siempre estará tentado a obtener el *plus monopolístico* que necesita para mejorar su capacidad de pagar el adeudo concursal. Lo que antes no hacía, hoy se siente inducido a practicarlo y sus competidores también se le suman pues ven una oportunidad para mejorar su rentabilidad en forma segura.

C.- El abuso de posición dominante, es un ejercicio frecuente en la negociación concursal y tal actitud no la asume solo el concursado, sino ambas partes negociadoras:

- Los proveedores-acreedores:

Si **cuentan con poder de mercado** procurarán introducir en el acuerdo concursal cláusulas restrictivas de la competencia (compras atadas, precios de venta sugeridos, etc.). O incluso imponer condiciones comerciales discriminatorias. Es frecuente asistir a escenarios ,donde los proveedores sancionan al deudor concursado, vedándole el acceso a novedades comerciales y/o innovaciones tecnológicas necesarias para “seguir en carrera”.

- El concursado:

Si el concursado cuenta con **buyer power** (posee buenas vidrieras de exhibición o góndolas demandantes, es una *boca de salida* necesaria, o un interesante canal de comercialización para determinados productos) **procurará obtener condiciones de salida más beneficiosas**. Las “*Propuestas concursales abusivas como expresión del abuso de posición dominante del concursado*” son en realidad ejercicios de “*buyer power*” o poder de compra , a través del cual un concursado de gran formato (y gran endeudamiento), se planta frente a sus proveedores con ofertas que apuntan incorrectamente, a *licuar* su pasivo, más allá de lo razonable.

Va de suyo pues una **tercera reflexión: no olvidar que las leyes de promoción y defensa de la competencia son leyes de orden público .Por eso su conocimiento y APLICACIÓN** no queda limitada al órgano de aplicación de la competencia ,en nuestro caso (arts.21 y 27 de la ley 18.159) la *Comisión de Promoción y Defensa de la Competencia* y los *Órganos Reguladores Especializados*.

Si bien el **órgano de aplicación tiene competencia exclusiva en materia sancionatoria**, lo cierto es que las normas de la competencia deben aplicarse *todos los órganos jurisdiccionales (incluido el Tribunal del Concurso)* y además se aplica a *todos los agentes (incluido el concursado)*

D.-Admitida la gestión concursal, nos surgen otras interrogantes,sobre sus EFECTOS ,pues acaso ¿no ataca las reglas del mercado y de la librecompetencia , la obligatoriedad de vender o de continuar suministrando insumos comprometidos a deudores en concurso? Lo mismo ocurre con la *supervivencia de contratos*, que obligan a seguir manteniendo un representante o agente que se presentó en concurso y que mantiene importantes saldos pendientes

Y esto nos conduce a una cuarta reflexión: se perdió la confianza en el agente concursado, pero no puede deshacerse el vínculo proveedor-distribuidor que los ata, por mor de afectar la capacidad de pago para con TODOS los acreedores. Ello,por supuesto que además genera un grave precedente para las políticas de comercialización con otros distribuidores, representantes, clientes.

E.- ¿Deben o no incluirse en el concurso entre los acreedores con derecho a voto, a competidores directos del concursado? Se trata de competidores del concursado que por distintas circunstancias ingresaron al concurso y luego se erigen en decisivos votos para posibilitar la salida concursal.

Deviene natural aquí, una **quinta reflexión:** “*Un fraile menos, una ración más para repartir*”. Tal era la máxima murmurada en tiempos de escasez en los refectorios conventuales, que servía para aliviar la pena por la muerte de un monje hermano. Por eso cabe preguntarse si ¿ los competidores-acreedores, van a tolerar pacíficamente que otro *player* siga en el campo de juego? En Argentina, **Vítolo** catalogó de “*desafortunado*”, el comentado fallo del concurso de Equipos y Controles S.A. que no excluía del voto al competidor del concursado (**Guillermo Cabanellas** “*Efectos de la ley de defensa de la competencia, sobre los procesos concursales*”).

Acertadamente las modernas normativas, excluyen del derecho al voto a “*los acreedores en conflicto de intereses*”, modificando la base de cálculo de las mayorías e imposibilitando que los competidores se erijan en decisores de la continuidad de vida del concursado. **Tal es el caso de nuestro art.126 de la ley 18.387.**

5.-MORBILIDAD O SUPERVIVENCIA EMPRESARIAL

Otro abordaje conflictivo entre Derecho de la Competencia y Derecho Concursal, son la existencia de los “highlanders” o matusalenes empresariales y sus riesgos.

No está de más recordar que el Derecho de la Competencia entre otros cometidos, procura garantizar la libertad de los agentes económicos para concurrir al mercado y desarrollar una actividad competitiva. El riesgo insito (contrapeso del lucro) en la actividad mercantil es el fracaso empresarial. En su intento por obtener una rentabilidad, el agente puede triunfar, empatar ,pero también puede perder. Y esa pérdida debe reflejarse en un incremento de los índices de morbilidad empresarial.

Pero sucede que mientras tanto el concurso intenta dotar de capacidad de *sobrevivida* a actores ya agotados. La existencia de *highlanders* o *matusalenes del capitalismo* (en acertada terminología de Arie de Geus en “*The Living Company*”) dificultan la innovación en el mercado e impiden que soplen vientos nuevos.

En esa lucha entre quienes predicán la necesidad de recambios, asistimos a la irrupción de *sanadores* que pregonan la vida eterna para las empresas operando milagros a nivel de prolongación de modelos ya agotados. Y por el otro lado, están quienes predicán la *eutanasia empresarial*, como forma de terminar ordenadamente con la vida de los agentes. Es decir la lucha entre quienes venden *píldoras milagrosas* y quienes propician “*entierros de lujo*” con lápidas al tono.

Por eso muchos **reclaman que el Derecho Concursal funcione como un sistema de reasignación de los recursos patrimoniales de las empresas en crisis terminal**. Se considera al concurso un medio idóneo para terminar regladamente con las empresas deficitarias, cuyos modelos de gestión se agotaron. Las empresas son obra humana y como todo lo humano, son perecederas, no siendo correcto exigirles un boleto a la eternidad, aunque hay algunos que parecen haberlo comprado, si observamos los sorprendentes ejemplos de www.henokiens.com. La consecuencia de sostener aquella actitud, es que *la empresa inviable debería desaparecer del mercado o producirse cambios significativos en su titularidad y/o estructura organizativa*.

Por eso **en el “tapa del libro” de la teoría económica está que el “riesgo de bancarrota” es inherente a la economía de mercado, y es imprescindible mantener un cierto grado de inseguridad y vulnerabilidad de los agentes, que obligue a una dinámica competitiva en el sistema**. El *siempre seguro salvataje de las empresas en crisis* por cierto que favorece actuaciones irresponsables, afecta la competencia leal y en todos los países existen malos ejemplos de este proceder.

6.-Compatibilizando ambos sistemas jurídicos:

En mercados muy concentrados, con pocos *players*, la política concursal respecto de la supervivencia de un agente **NUNCA ES NEUTRA. Si bien es cierto que la “conservación de la empresa” evita la pérdida de riqueza que significa la canibalización de los activos empresariales, la solución concursal no debe(ría) pasar por el mantenimiento artificial de empresas ineficientes**.

El derecho concursal tiene que ser funcional a la competencia, dando de baja a los empresarios menos aptos y eliminando las empresas agotadas en su objeto. Los gurúes del *marketing* siempre recurren al ejemplo de Ted Levitt sobre la *inviabilidad empresarial del fabricante de látigos para diligencias, con el advenimiento del automóvil. Independientemente de su gran eficiencia productiva, solvencia técnica y rentabilidad, en un momento dado, ese fabricante de Chicago, se quedó sin mercado que demandara su producto*.

El nuevo dilema de Escila y Caribdis se traduce en una serie continua de interrogantes acerca de la disputa entre órdenes legales. Enfrentados al “interés general” de cada sistema ¿cuál debe primar? ¿El qué procura la continuidad de la empresa en crisis? o ¿El qué postula que todos los mercados se rijan por los “principios y reglas de la libre competencia”? ¿Deberá ceder uno de esos “intereses generales” ante el otro? ¿No es acaso más “general” la promoción y defensa de la competencia (como estado de la economía) que el salvataje de una singular empresa en crisis, sobre todo cuando el costo de su continuidad es alto y no se vislumbra la reactivación en tiempo razonable? ¿No es cierto que nuestra propia ley de la Competencia (art.8 de la ley 18.159) contempla la excepción de la “concentración de salvamento”, considerando un mal menor y tolerando al oligopolio frente a la “empresa en dificultades”?

En un intento conciliador, personalmente consideramos que no debe descuidar el Derecho de la Competencia, su labor de vigilancia sobre los mercados, **pues desde la crisis global de setiembre del 2008:**

a.- Están en la picota el rol de las ayudas estatales (*subsidios, reperfilamientos de deudas, apalancamientos, auxilios de última instancia*) para mantener o alargar la vida de ciertas empresas en dificultades.

b.- Hoy por hoy, todas las economías (incluso las más desarrolladas) intentan detener los procesos de la desindustrialización (combatiendo el “*Offshoring o outsourcing internacional*”, y poniendo trabas a la invasión de productos de las *economías asiáticas, aunque también de sus competidores regionales*).

Lógico es señalar, que esas actuaciones (incluso aquellas meramente indicativas) del Estado, rechinan a quienes reclaman que el funcionamiento de la economía quede librado a la actuación de la mano invisible del mercado. Aunque sabido es que la actuación competitiva en los sectores considerados *estratégicos* nunca se rige por el aforismo darwinista de la supervivencia de los más fuertes, aptos y mejores de la especie mercantil. Y esos sectores “*estratégicos*” son tan cambiantes como mutables son los intereses, las necesidades y los momentos históricos de los estados. Para unos hoy serán los altos hornos siderúrgicos, para otros el comercio interno, para aquellos la producción de galletitas y para estos otros la artesanía tradicional.

6.-A MODO DE CONCLUSIONES

- ✓ Lo primero es no confundir la opción por el “reemprendedor” (*new start, fresh start, segunda oportunidad*), por la que nos inclinamos, con la supervivencia de empresas obsoletas, ineficientes, agotadas en su modelo y *sin soportes humanos dispuestos al sacrificio*. Ponerse la empresa en dificultades al hombro, requiere una *endurance* que no es para todos. Ni todos lo quieren (pueden) afrontar.
- ✓ Es que cuando se trata de reflotar una empresa concursada, no alcanza el mero *VOLUNTARISMO*. Y en principio *solo son viables aquellas empresas en las que hay interés en su adquisición por parte de inversores genuinos. Es que si alguien está dispuesto a adquirirla, entonces esa empresa tiene un valor de mercado y vale la pena intentar su reflotamiento.*
- ✓ Intentando navegar entre *Escila y Caribdis* (aunque en realidad si de un “ordenamiento jurídico” se trata, no debería existir exclusión entre sistemas), **se deberá siempre atender a la excepcionalidad del derecho concursal, pero....**
- ✓ **Ni el derecho concursal puede** prohiar prácticas anticompetitivas extendidas en el tiempo más allá de lo conveniente por parte de agentes con poder de mercado.
- ✓ **Ni el derecho de la competencia** puede permitir que se formen **barreras a la salida** tan altas, que dificulten el egreso de los agentes insolventes y desestimen el ingreso de nuevos actores dotados de aires de innovación.